

Sygn. akt KIO/UZP 35/08

WYROK
z dnia 7 luty 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Koleśnikow Marek

Członkowie: Grabarczyk Magdalena
Gałczewska-Romek Dagmara

Protokolant: Nowicka Dorota

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~/ rozprawie* w dniu 6.02.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Kirchner/Bickhardt/Energopol/Henschke/Bogl, 91-436 Łódź, ul. Łagiewnicka 54/56** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, 53-139 Wrocław, ul. Powstańców Śląskich 186** protestu ~~/protestów~~* z dnia 27.12.2007 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, 53-139 Wrocław, ul. Powstańców Śląskich 186**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery zł) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum: Kirchner/Bickhardt/Energopol/Henschke/Bogł, 91-436 Łódź, ul. Łagiewnicka 54/56**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćdziesiąt cztery zł) przez **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, 53-139 Wrocław, ul. Powstańców Śląskich 186** na rzecz **Konsorcjum Kirchner/Bickhardt/Energopol/Henschke/Bogł, 91-436 Łódź, ul. Łagiewnicka 54/56**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zwrotu kosztów zastępstwa procesowego
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00. gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć zł) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Kirchner/Bickhardt/Energopol/Henschke/Bogł, 91-436 Łódź, ul. Łagiewnicka 54/56.**

Uzasadnienie

Zamawiający, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, 53-139 Wrocław, ul. Powstańców Śląskich 186 wszczęła postępowanie 8 sierpnia 2007 r. na zaprojektowanie i zbudowanie autostradowej obwodnicy Wrocławia: >>Część 2 zamówienia: Autostrada A8 na odcinku od km 13+500 do km 18+1741 od km 19+960 do km 28 +3687,75, odcinek drogi ekspresowej S8 od km 0+000 do km 0+500 w węźle „Pawłowice” oraz łącznik „Długołęka” od km 0+575 do km 6+235,85<<.

Termin składania wniosków 10 września 2007 r. – zostało złożonych 11 wniosków, wszyscy Wykonawcy spełnili warunki i zostali zaproszeni do składania ofert. Wszyscy wraz z zaproszeniem otrzymali specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający przekazał zaproszenia i specyfikacje 19 grudnia 2007 r.

Konsorcjum Kirchner/Bickhardt/Energopol/Henschke/Bogl wniosło protest 27 grudnia 2007 r.

Protestujący Wykonawca otrzymał rozstrzygnięcie protestu od Zamawiającego 4 stycznia 2008 roku.

Odwołujący wniósł odwołanie 11 stycznia 2008 r.

Odwołanie od rozstrzygnięcia Zamawiającego w zakresie klauzul szczególnych Warunków Kontraktu oznaczonych numerami: 1.1.4.3, 1.9, 2.1, 2.2, 4.6, 4.10, 4.12, 7.4, 8.4, 8.7, 10.3, 11.1, 11.8 i 16.4.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 5, art. 58 oraz art. 353 Kodeksu cywilnego w związku z treścią przepisu art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), a przez charakter zarzucanych naruszeń, także działanie Zamawiającego uchybiające art. 7 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej dopuścił dowody z dokumentów przesłuchania stron.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w ustalonym stanie faktycznym zważył co następuje:

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu uznał zasadność niektórych zarzutów odnoszących się do warunków kontraktu oznaczonych numerami: 4.4, 8.14, 14.3 i 20.1 – numeracja zgodna z „Ogólnymi warunkami Kontraktu na budowę FIDIC”, tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999 r. COSMOPIOLI CONSULTANTS. Tym niemniej Zamawiający nie podzielił stanowiska Odwołującego w zakresie modyfikacji warunków oznaczonych numerami: 1.1.4.3, 1.9, 2.1, 2.2, 4.6, 4.10, 4.12, 7.4, 8.4, 8.7, 10.3, 11.1, 11.8 i 16.4.

Krajowa Izba Odwoławcza przeanalizowała jakie postanowienia niosą w swojej treści „Warunki kontraktu na budowę FIDIC”.

FIDIC jest to skrót od szwajcarskiej nazwy Międzynarodowej Federacji Inżynierów Konsultantów. W tzw. „Czerwonej Księdze” określone zostały „Warunki Kontraktu na budowę” dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego.

Federacja FIDIC (zwana dalej FIDIC) opublikowała w roku 1999, pierwsze wydanie standardowego wzoru kontraktu na „Warunki kontraktu na budowę”, który jest zalecany dla robót budowlanych lub inżynierskich zaprojektowanych przez zamawiającego lub przez jego przedstawiciela – Inżyniera.

Rozpatrując szczegółowe zarzuty Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza:

Warunek 1.1.4.3.

Czynność Zamawiającego polegająca na wykreśleniu tego postanowienia pozbawia potencjalnego Wykonawcę możliwości żądania jakichkolwiek kosztów z jakiegokolwiek tytułu np. z tytułu przedłużenia czasu na ukończenie z winy Zamawiającego.

Twierdzenie Zamawiającego przedstawione na rozprawie, że przez wykreślenie tego postanowienia chciał przenieść odpowiedzialność na Wykonawcę za wszelkie uchybienia w wykonaniu zobowiązania, za które na mocy przepisów prawa Wykonawca nie poniósłby odpowiedzialności, do czego zamawiający jest uprawniony nie jest uzasadnione prawnie. Wprawdzie art. 473 § 1 Kc daje możliwość umownego rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania, jednak może to nastąpić z powodów oznaczonych. Kwestionowane przez Odwołującego postanowienie specyfikacji (wzoru umowy) tego warunku nie spełnia. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający nie wskazał choćby w ogólny sposób okoliczności powodujących

odpowiedzialność Wykonawcy i dlatego takie działanie Zamawiający potwierdza zarzut Odwołującego. Ponadto takie działanie Zamawiający może stać w sprzeczności z zasadą dokonywania wydatków publicznych wyrażoną w art. 35 ust. 3 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych. Wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów.

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że większość sytuacji powodujących opóźnienia w wykonaniu lub nienależyte wykonanie przedmiotu zamówienia są to sytuacje niezawinione przez zamawiającego. Mimo, że zgodnie z art. 473 Kc wykonawca może przyjąć odpowiedzialność za zdarzenia, za które nie ponosi odpowiedzialności. Zgodnie z charakterem zamówienia publicznego zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. Jednocześnie Zamawiający musi się liczyć, tak jak w rozpatrywanym przypadku, że wpłynie to na cenę ofertową.

Naturalne jest, że Wykonawca zmierza do ograniczenia swojej odpowiedzialności, a Zamawiający do jej rozszerzenia. Dlatego w ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Zamawiający po wyborze najkorzystniejszej oferty będzie musiał zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy. Wykonawcy są tutaj równo traktowani przez Zamawiającego, gdyż otrzymali oni jednakowe specyfikacje i dlatego nie można mówić o naruszeniu art. 7 ust. 1 Pzp i kodeksowej zasady równości stron.

Warunek 1.9.

Odwołujący zarzuca, że w przypadku opóźnienia przekazania rysunków i instrukcji warunek 1.9 też nie powinien być modyfikowany w zakresie wykreślenia litery b i pozostawienia tylko litery a.

Zamawiający stwierdza, że przekazał wszystkie rysunki na etapie udostępnienia specyfikacji. Zamawiający podkreśla, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, dlatego wszelkie rysunki i dokumentację będzie wykonywał wykonawca.

Wykonawca stwierdza, że uzgadnianie rysunków i dokumentacji technicznej leży po stronie osób trzecich, na które wykonawca nie ma wpływu.

Zamawiający stwierdza, że posiada wszystkie uzgodnienia od organów państwa i przekazał pozwolenie na budowę, które jest najważniejsze. Wykonanie rysunków wykonawczych leży po stronie wykonawcy. A ewentualne ryzyko opóźnienia osób trzecich, której to sytuacji nie przewiduje Zamawiający, gdyż przekaże wszystkie niezbędne dokumenty, także powinno obciążać Wykonawcę. Jednak Zamawiający nie przewiduje

zajścia sytuacji, w której Zamawiający opóźni się z dostarczeniem Wykonawcy jakiegokolwiek dokumentu, gdyż to w gestii Wykonawcy będzie ewentualne załatwianie jakichkolwiek dalszych dokumentów.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Zamawiający miał prawo wykreślić we wszystkich klauzulach postanowienia dotyczące dodatkowych płatności ze względu na opóźnienia oddania przedmiotu zamówienia do użytku (litery b). Jednocześnie Zamawiający godzi się (pozostawiając we wszystkich omawianych klauzulach) na przedłużenie terminu oddania do użytku przedmiotu zamówienia w przypadkach określonych w odpowiednich klauzulach. Zamawiający przerzuca ryzyka wszystkich kosztów uchybień na Wykonawcę i oczekuje wliczenia kosztów tych ryzyk do ceny ofertowej. Jednak czyni to zamieszczając odpowiednie postanowienia w specyfikacji, w sposób jawny dla wszystkich Wykonawców i przed upływem terminu składaniem ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że działanie takie nie jest sprzeczne z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych ani kodeksu cywilnego.

Warunek 2.1.

Odwołujący stwierdza, że zamawiający przez wykreślenie zaproponowanych postanowień z tego warunku wykluczył możliwość żądania odszkodowania (kosztów) w przypadku opóźnienia przekazania placu budowy. Natomiast Wykonawca nie jest w stanie na tym etapie postępowania ocenić ryzyka opóźnienia. Około 4 tygodnie przed rozpoczęciem budowy wykonawca musi zmobilizować ludzi, sprzęt, środki. Te 4 tygodnie są wkalkulowane w cenę ofertową, ale nie ma możliwości wkalkulowania nieprzewidywalnego opóźnienia zamawiającego w przekazaniu placu budowy. Zamawiający poinformował wykonawców w treści wzoru formularza 2.1 stanowiącego załącznik do wzoru oferty (strona 28 specyfikacji), że dostęp do placu budowy nastąpi w ciągu 30 dni od daty podpisania umowy z wyłączeniem wymienionych w tym dokumencie kilku działek. Działki będą przekazywane wykonawcy sukcesywnie. Przy czym dostępność do wszystkich gruntów nastąpi nie później niż 31 sierpnia 2008 r. Zamawiający dąży do tego żeby wykonawca tak zorganizował roboty, żeby nie kolidowały z sukcesywnym oddawaniem kolejnych działek. Zamawiający – w przypadku opóźnienia w przekazywaniu działek – umożliwia przedłużenie terminu wykonania robót – 2.1 lit. a. Zamawiający standardowo wykreśla litery b z poszczególnych klauzul, przewidujące płatności dodatkowe, a pozostawia litery a dotyczące prawa przedłużenia oddania do użytku przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że warunek 2.1 uprawnia do twierdzenia nawet w przypadku, gdy Zamawiający nie przewiduje wystąpienia opóźnień leżących po stronie Zamawiającego, to umożliwi Wykonawcy dokonanie zgodnego z umową przesunięcia terminu oddania do użytku przedmiotu umowy. Zamawiający ma prawo nie dopuszczać do

zwiększania kosztów inwestycji wykreślając litery b i umożliwiając, w razie zajścia nieprzewidzianych okoliczności, rozwiązanie sytuacji przez pozostawienie liter a w poszczególnych warunkach – a więc Wykonawca będzie mógł żądać przesunięcia terminu oddania do użytku przedmiotu zamówienia bez prawa do zwiększania wynagrodzenia. Ryzyko to Wykonawca będzie mógł w określonych samodzielnie granicach wkalkulować do ceny ofertowej.

Warunek 2.2

Warunek 2.2 odnosi się do uzyskania pozwolenia na budowę. Wobec złożonego na rozprawie oświadczenia Zamawiającego, że uzyskał już wszystkie pozwolenia i braku przedstawienia dowodu przeciwnego przez odwołującego KIO stwierdza, że w tym aspekcie nie nastąpiło naruszenie art. 354 Kc.

Warunek 4.6 i 4.10.

Odwołujący wnosi o przywrócenie możliwości żądania odszkodowani z tytułu prowadzenia prac przez zamawiającego na placu budowy lub w pobliżu (robót nieobjętych zamówieniem). Zamawiający stwierdza, że przekazał wszystkie informacje na etapie przekazania specyfikacji.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że gospodarzem na terenie budowy jest Wykonawca i Zamawiający nie będzie miał prawa wstępu na budowę bez zgody Zamawiającego. Oczywiście poza przypadkami w prawie przewidzianymi, przypadki te jednak nie obejmują prawa wstępu na budowę i wprowadzenia na budowę innych Wykonawców. Dlatego wobec braku przewidywania prowadzenia robót na terenie budowy przez podmioty trzecie warunek ten nie ma znaczenia, a tym bardziej nie jest sprzeczny z przepisami kodeksu cywilnego.

Również Zamawiający może zastrzec, że jeżeli wykonawca zamierza pozyskać inne informacje musi pozyskać je w swoim zakresie.

Warunek 4.12.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający zamierza niezasadnie wykreślić lit. b odnoszącą się do pokrywania kosztów związanych z wystąpieniem nieprzewidywalnych warunków fizycznych. Zamawiający słusznie podnosi, że przyczyny, które spowodują wykonanie większej ilości robót Wykonawcy zostaną skompensowane opłatą według cen kosztorysu ofertowego i obmiarów robót lub Zamawiający udzieli zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że nie stanowi naruszenia żadnego przepisu zredagowanie wzoru umowy przez Zamawiającego w ten sposób, że Zamawiający nie będzie płacić na podstawie przedstawionych kosztów, a jedynie na podstawie kosztorysu

powykonawczego w związku z kosztorysowym charakterem płatności przewidzianym we wzorze umowy.

Warunek 7.4.

Jak poprzednio Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Zamawiający nie narusza żadnego unormowania nie przewidując dodatkowych płatności w przypadku dokonywania prób (omawiane wykreślenie postanowienie litery b, mówiące o zwiększeniu kosztów), a jedynie dopuszcza do przedłużenia terminu oddania do użytku przedmiotu zamówienia.

Warunek 8.4.

Odwołujący wnosi o przywrócenie całego brzmienia warunku 8.4 lit. d odnoszącego się do przedłużenia czasu na ukończenie w przypadku zaistnienia nieprzewidywalnych trudności w zatrudnieniu personelu lub dostępności dóbr spowodowanych przez epidemię lub działania rządowe.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Zamawiający może przenieść ryzyko na Wykonawcę zatrudnienia personelu lub pozyskania dóbr, gdyż może uważać, że jest to w każdym przypadku ryzyko Wykonawcy. Jednak takie uregulowanie problemu ze względu na zaistnienie czynnika nieprzewidywalnego przez obie strony narusza unormowanie art. 357 Kc i nie może podlegać ochronie.

Warunek 8.7.

Zamawiający przewiduje kary umowne z tytułu opóźnienia i wprowadza postanowienie o możliwości żądania odszkodowania uzupełniającego i nie dając możliwości wykonawcy takiego samego żądania odszkodowania uzupełniającego odnośnie takiego samego zdarzenia. Odwołujący wnosi o ograniczenie kary umownej do zwłoki zależnej od wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Zamawiający może we wzorze umowy przenieść odpowiedzialność za wystąpienie omawianych zdarzeń zgodnie z art. 473 Kc, a stosowanie kar umownych jest zgodne z prawem. Zamawiający przewiduje dla siebie zastosowanie odsetek ustawowych w warunku 16.4. Ze względu na różne statusy stron i charakter zobowiązań (zobowiązania pieniężne i rzeczowe) Zamawiający może przewidzieć we wzorze umowy, a w konsekwencji w umowie, żądanie odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wartość kar umownych pozostawiając Wykonawcy jedynie możliwość naliczania odsetek ustawowych. Tym bardziej takie zachowanie Zamawiającego wydaje się nie naruszającym żadnych norm, gdyż Zamawiający wszędzie przewiduje dla wykonawcy prawo przedłużenia terminu oddania przedmiotu zamówienia, więc nie zawsze wykonawca ma płacić kary. Wykonawca w wielu przypadkach będzie mógł przedłużyć termin oddania do

użytku przedmiotu zamówienia. Ponadto Zamawiający może, zgodnie z przepisami, tak zrehabilitować wzór umowy, a w konsekwencji umowę, że nie będzie zmuszony do przeprowadzania dowodów winy, a tylko wykonawca będzie zmuszony do wykazania swojego uprawnienia do przedłużenia terminu oddania do użytku przedmiotu zamówienia.

Warunek 10.3.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu ponowne niezasadne wykreślenie w warunku 10.3 litery b mającego zastosowanie w przypadku zaistnienia przeszkody w dokonywaniu prób końcowych i dającego uprawnienie do żądania zwiększenia kosztów.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Zamawiający, zgodnie z przepisami prawa, może pozostawić we wzorze umowy tylko literę a dającą możliwość przedłużenia terminu oddania do użytku przedmiotu zamówienia i pominąć literę b dającą możliwość zwiększenia kosztów.

Warunek 11.1.

Odwołujący stwierdza, że jeżeli Zamawiający w ostatnim dniu terminu zgłosi żądanie usunięcia wady to może się zdarzyć, że technologicznie nie będzie możliwe usunięcie tej wady.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że okres zgłaszania wad jest rocznym okresem, tym niemniej w interesie obu stron jest zgłaszanie dostrzeżonych wad *tak szybko, jak będzie to praktycznie możliwe*. Dlatego zarzut ten zasługuje na uwzględnienie. Wykreślenie z tego warunku przytoczonego sformułowania może sugerować, że Zamawiający nie zamierza współpracować z Wykonawcą przy wykonywaniu zobowiązania, zgodnie z art. 354 § 1 Kc.

Warunek 11.8.

Jeżeli wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za wady, to koszty poszukiwania przyczyn powinien ponosić zamawiający zgodnie z oryginalną treścią warunków FIDIC.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że jeżeli przedmiot ma wady to kodeksowo wykonawca ma obowiązek usunąć te wady na swój koszt. Umowa o roboty budowlane jest umową rezultatu. Wykonawca ma obowiązek zgłosić zamawiającemu sprzeczność bądź niezgodność z zasadami technicznymi otrzymanych dokumentów, a nie wykonywać przedmiot zamówienia z wadami. Jednak koszty poszukiwania przyczyn wystąpienia wad nie mogą obciążać wykonawcy, bez względu na przyczyny wystąpienia tych wad, a tylko w przypadku gdy koszty usunięcia tych wad obciążają Wykonawcę. Tak stanowi warunek 11.8 FIDIC.

Warunek 16.4.

Skoro zamawiający ma uprawnienie do żądania odszkodowania przenoszącego wysokość kar umownych, to również wykonawca powinien mieć takie możliwości. Odwołujący wnosi o przywrócenie litery c.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Zamawiający ma prawo zrehabilitować umowę, aby zamiast obliczenia strat, szkód wprowadzić z góry sprecyzowaną karę umowną. Natomiast od zobowiązań pieniężnych przewiduje się tylko odsetki ustawowe. Wprowadzenie tylko dla jednej strony (Zamawiającego) możliwości dochodzenia odszkodowania przenoszącego wartość kar umownych nie jest sprzeczne z przepisami prawa, jednak powinno to zostać precyzyjnie przewidziane we wzorze umowy.

Wobec powyższego, na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych orzeczono jak we wstępie.

Skład orzekający przyznał uzasadnione koszty z tytułu zastępstwa prawnego w kwocie 3.600,- zł, tj. maksymalnej kwoty określonej w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 09.07.2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*